

O CIDADÃO E A FAZENDA PÚBLICA

EZEQUIAS DA SILVA LEITE

Juiz de Direito no Ceará

I. INTRODUÇÃO

Os privilégios concedidos em nosso ordenamento processual à Fazenda Pública são hoje quase incontáveis e estão esparsos em diversas leis e medidas provisórias de autoria do Poder Executivo, as quais têm se multiplicado, ao passar dos anos, com a aquiescência do Poder Judiciário, devido à posição conservadora dos tribunais superiores.

Qualquer distinção processual levada a efeito por norma infraconstitucional em prol da Administração Pública é, via de regra, acatada por nossos processualistas, sem maior aprofundamento quanto ao resguardo ou desacato da *isonomia processual*.

A igualdade processual, fiadora da paridade de armas dentro do devido processo legal, que deveria ser regra, torna-se, assim, exceção.

Mas será que já não é hora de fazer *efetivo* o magno *princípio da isonomia*, do qual decorre a regra da igualdade processual, ainda hoje amesquinhado e excepcionado quando se trata de demandas que envolvam o cidadão e o Estado ?

Procurar-se-á neste ensaio discorrer sobre a origem dos benefícios fazendários, o contexto em que surgiram e se ainda guardam, atualmente, compatibilidade com o princípio constitucional da isonomia, bem como da efetividade processual.

Sem se deter na análise individualizada de cada um dos privilégios, por não comportar neste sucinto estudo, e tomando como ponto de partida o benefício de prazo para a Fazenda Pública (art. 188 do CPC.), por que mais debatido pelos que se debruçam sobre o tema, procurar-se-á traçar algumas linhas gerais que possibilitarão algumas reflexões e trarão, afinal, um ponto de vista renovado.

II. PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ORIGEM E CONCEITOS.

Antes de adentrarmos no tema propriamente dito, para melhor compreensão, é oportuno fazer uma rápida incursão histórica na **origem** dos chamados *privilégios* dispensados pelo nosso ordenamento processual à Fazenda Pública.

A seguir, procurar-se-á delinear a noção jurídica do que seja a expressão *Fazenda Pública*, e ainda, distinguir *privilégios* de *prerrogativas*, conceitos estes que serão abordados no decorrer deste ensaio.

II . 1 . Bosque histórico

Uma indagação que se pode fazer, de início, é a seguinte: de onde surgiram os chamados privilégios processuais da Fazenda Pública ?

A partir da explicitação desse questionamento, procurar-se-á saber se as razões que outrora serviram de base racional para a desequiparação do particular à Fazenda Pública em juízo ainda encontram justificativa diante do nosso ordenamento constitucional, no qual sobreleva-se como princípio basilar, o da isonomia.

Observando-se a concepção legislativa do privilegiamento dos prazos, estabelecido no art. 188 do estatuto processual civil em vigor, bem como o contexto institucional existente, à época, pode-se ter um panorama da posição da matéria versada, de forma geral, no pensamento jurídico brasileiro.

O mencionado dispositivo, alargador do prazo concedido à Fazenda Pública para oferecer resposta em juízo, quando demandada, bem como recorrer das decisões adversas, já existia no diploma processual revogado, de 1939, em seu art. 32.

A fonte imediata de inspiração foi a lei que regulava o processo perante a Justiça Federal, quando vigorava no Brasil o Direito processual dos Estados, em que cada um deles tinha o seu próprio sistema processual.

Naquele período, a maioria dos códigos estaduais adotava o **prazo judicial**, vale dizer, autorizava os juízes a conceder a ampliação de prazo de acordo com a necessidade, conveniência e oportunidade que o caso concreto comportava. A exceção foi o Código do Processo Civil de Minas Gerais, que adotou a mesma regra do processo federal¹.

O legislador processual de 1939 optou pelo prazo dilatado prescrito na lei federal e CPC de Minas, ao dispor, no art. 32, que *“Aos representantes da Fazenda Pública contar-se-ão em quádruplo os prazos para contestação e em dobro para interposição de recurso”*.

No entanto, Alfredo Buzaid, reconhecidamente um dos maiores expoentes do processo civil brasileiro, suprimiu a transcrita

¹ Cf. Nelson Nery Jr., “O benefício da dilatação do prazo para o Ministério Público no Direito processual civil brasileiro”, *in* Repro nº 30, p. 111.

regra, no Anteprojeto do CPC atualmente em vigor, fazendo mesmo constar norma expressa que afiançava a igualdade do litigante comum à Fazenda Pública, estatuinto, no art. 207, o seguinte: *“Para falar nos autos terão o representante da Fazenda Pública e o órgão do Ministério Público prazo igual ao das partes”*.

Sobre a gênese da atual redação do art. 188 do Código de Processo Civil, assim nos informa Nelson Nery Jr., *verbis*:

“O Prof. Alfredo Buzaid, no “Anteprojeto de Código de Processo Civil” que apresentou ao Ministro da Justiça em 1964, distanciou-se da tradição do Direito brasileiro até então vigente, ao equiparar os representantes da Fazenda Pública e os do Ministério Público no que concerne aos prazos às partes: “Art. 207. Para falar nos autos terão o representante da Fazenda Pública e o órgão do Ministério Público prazo igual ao das partes”.

No Projeto de Código de Processo Civil enviado ao Congresso Nacional, o Poder Executivo, em nome da tradição do Direito processual brasileiro, manteve a regra do art. 32 do CPC de 1939: “Art. 193. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”. Incluía aí, para fazer parte do direito positivo, o Ministério Público como beneficiário da dilação do prazo, porquanto, no Código de 1939, tal prerrogativa atingia somente a Fazenda.

(...)

Todas as emendas foram rejeitadas. No tocante às de ns. 2 e 34, é oportuno lembrar o parecer contrário do sub-relator, Dep. Geraldo Guedes: “Eu entendo que o interesse privado, em geral, é defendido no processo por uma legião de advogados, profissionais liberais, das mais variadas especializações. O interesse público, entretanto, é imperceptível, distante, quase subjetivo. Somente o dever de identificar o interesse público, que é o de todos, é o da coletividade, que o Estado governa. Precisa, pois, ter os seus defensores amparados por um tratamento especial, como é este que lhes é deferido pelo art. 193 do Projeto”.

O sub-relator deixou de opinar sobre a emenda 260. Contudo, o relator-geral, Dep. Célio Borja, também pela rejeição da emenda, assim se manifestou: “A fixação dos prazos maiores para os representantes judiciais da Fazenda Pública e para os órgãos do Ministério Público é tradicional em nosso Direito e nada tem de odioso. Não constitui, a rigor, “privilegiado” aberto em favor de determinadas pessoas”.

No Senado Federal, o Projeto ficou com o n. 810-B/72 e, em virtude das emendas aprovadas na Câmara Federal, o art. 193 foi renumerado para 190. A ele, no Senado, somente foram apresentadas duas emendas (ns. 160 e 161). A primeira de autoria do Sen. Flávio Brito, era no sentido de voltar-se à redação do art. 207 do anteprojeto, ou seja, dando os mesmos

prazos dados às partes, para os representantes da Fazenda Pública e do Ministério Público. A segunda, oferecida pelo Sen. José Augusto pretendia o meio termo aventado pelo Dep. Lisâneas Maciel: admitia o benefício somente para a contestação, reduzindo-o ao dobro. Ambas obtiveram parecer contrário do relator-geral e culminaram por rejeitadas. Este o fundamento do relator-geral, Sen. Accioly Filho: “São inúmeras as dificuldades, de todos conhecidas, da Administração Pública para aparelhar-lhe em tempo para promover a sua defesa em juízo. A burocracia emperra a máquina administrativa. Daí a necessidade de concessão de maiores prazos à Fazenda Pública ou ao Ministério Público para contestação ou recurso”.

Depois de amplamente discutida a matéria no Congresso Nacional, foi aprovado o Código de Processo Civil, ficando a norma aqui comentada, na redação final, como art. 188, com o texto já de todos conhecido”².

Conforme o ensino supra transcrito, faz parte da **tradição** do Direito pátrio a concessão de prazos processuais prolongados à Fazenda Pública.

É cediço, porém, que não apenas os prazos, mas outras inúmeras vantagens são outorgadas pela nossa legislação em favor da Administração Pública, quando atua como *sujeito parcial do processo*.

² Op. cit.

Com efeito, a dita *tradição* já está tão impregnada na processualística nacional, que não decorre apenas do Direito positivo, pois ainda quando este não prescreve alguma vantagem, dentro de determinado instituto processual, em prol da Fazenda, logo surgem vários juristas, que vêm implícito algum fator que a esta beneficie, ou restrição, que se oponha ao litigante comum na defesa dos seus direitos contra aquela³.

Esses preceitos e valores, resquícios do autoritarismo, que beneficiam o Estado, na qualidade de sujeito parcial do processo, repassados desde o extinto CPC de 1939, foram expandidos por toda a legislação processual, tanto codificada, como extravagante, ao sabor dos governantes do momento.

Mas será que ainda devem ser mantidos e até mesmo ampliados nos dias correntes ?

Agapito Machado diz que não vê “como se continuar invocando ‘tradição de nosso Direito à concessão de tais privilégios processuais’, até por que é essa malsinada ‘tradição’ que não tem permitido os Tribunais evoluírem, curvando-se ao conservadorismo em prejuízo do jurisdicionado”⁴.

Infelizmente, hoje esta não é a opinião da grande maioria dos estudiosos do processo constitucional brasileiro. Porém, a questão não está adormecida, pois é crescente a defesa da derrocada, senão de todos, pelo menos de alguns dos privilégios processuais conferidos pela legislação à Fazenda Pública.

³ Na ação monitória, *exempli gratia*, não há óbice na lei para manejo do novel instituto contra a Fazenda Pública, mas alguns autores criaram a tese doutrinária da inadmissibilidade.

⁴ Agapito Machado, “O princípio da isonomia e os privilégios processuais”, in Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. nº 109, p. 72.

I . 2 . Conceito de Fazenda Pública

Antes de passarmos adiante, convém atentarmos para o significado que ora empregamos ao vocábulo *Fazenda Pública*, pois este pode ser empregado em múltiplos sentidos.

Pode significar o erário como instituidor e arrecadador de tributos; o Estado em juízo litigando genericamente sobre aspectos patrimoniais, ou ainda, a Administração Pública, por “qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual”, porquanto os encargos patrimoniais da demanda envolvendo estes serão suportados pelo erário público. Esta última definição, mais ampla e aceita entre nós, é da lavra do acatado administrativista brasileiro, Hely Lopes Meireles ⁵.

Entretanto, *Fazenda Pública* não é pessoa jurídica, de modo que, encontrando-se tal referência no processo, deverá ela ser interpretada como indicativa de que a parte é a União, o Estado, o Município (administração direta) ou entidade autárquica ou fundacional (administração indireta), enfim, a pessoa jurídica de Direito público a que se referir a Fazenda.

Já os demais órgãos da administração indireta, como a sociedade de economia mista e a empresa pública não se enquadram na definição de *Fazenda Pública*, consoante entendimento pacificamente admitido na doutrina e na jurisprudência ⁶.

Portanto, considerar-se-á Fazenda Pública como sendo a *Administração Pública*, por qualquer de seus entes (dotados de personalidade jurídica de Direito público) ou órgãos que tenham

⁵ *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., São Paulo, 1990, p. 614.

⁶ Nelson Nery Jr., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo, Ed. RT, 1992, p. 49.

capacidade processual. Também utilizar-se-á, como significativo, o termo *Estado* (União, Estado, Distrito Federal ou Município), agindo diretamente ou por suas autarquias e fundações públicas.

I . 3 . Diferença entre privilégio e prerrogativa

Também é proveitoso ao presente estudo, desde logo, distinguir o que seja *privilégio* e *prerrogativa*, embora alguns igualem esta àquele.

Na etimologia, privilégio significa lei excepcional, concernente a um particular ou a poucas pessoas (*privilegium - privus e lex*). Já prerrogativa vem de *prerrogare*, pedir logo, no princípio⁷.

Pela tradição romana, considera-se privilégio o que emana de preceito que dispõe sobre situação individual, seja para punir ou beneficiar, desconsiderando, assim, a generalidade, que é da essência das leis, dentro do chamado Estado de Direito ⁸.

A prerrogativa, embora constitua categoria de *discrímen*, distingue-se do privilégio porquanto define uma situação de superioridade necessária ao exercício de uma função pública.

A noção de *privilégio* se contrapõe à de isonomia, o que já não sucede com a *prerrogativa*, visto que esta constitui uma situação de vantagem *fundada*.

Portanto, a distinção dos termos releva-se por que se a disparidade de tratamento entre pessoas ou grupos decorrer de *privilégio*, estaremos diante de infração ao princípio constitucional da igualdade, enquanto que, se derivar de *prerrogativa*, o mesmo

⁷ Cf. Roberto Rosas, *Direito Processual Constitucional*, São Paulo, Ed. RT, 1999, p. 37.

⁸ Willis Santiago Guerra Filho, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, Ed. Celso Bastos, 1999, p. 125.

não ocorre, sendo racionalmente justificável a discriminação.

Veja-se, então, pela análise do princípio isonômico, se é correto dizer que a Fazenda Pública goza de privilégios, ou se, como ainda insistem alguns em dizer: são apenas prerrogativas conferidas em razão do **interesse público** defendido pela Administração Pública no processo civil.

III. CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E OS PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS.

No art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi cunhado o princípio de que os homens nascem e permanecem **iguais em direitos**.

Seguindo orientação há muito consagrada pelas Constituições das nações, dispôs a nossa Carta Política de 1988, em seu artigo 5º, *caput* e inciso nº I, o seguinte: “Todos são **iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são **iguais** em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (*negritos inovados*).

II. 1. Importância e sentido do princípio da isonomia na Constituição Brasileira

Observe-se logo que, da sua privilegiada e proposital posição *topográfica*, encabeçando o art. 5º e seu inciso primeiro, da Lei Fundamental, resulta a proeminência do princípio da isonomia na constelação dos direitos e garantias individuais.

A igualdade *perante a lei*, proclamada no dispositivo constitucional, pela sua literalidade, poderia levar o intérprete ao

equivoco de considerar que o mandamento se dirige apenas ao aplicador da lei.

Entretanto, entende-se tranqüilamente que a cláusula constitucional tem como destinatário principal justamente o legislador, em sua peculiar função de discriminar situações para submetê-las a regramentos jurídicos diversos, sendo, portanto, uma **igualdade na lei**⁹.

Outrossim, não se cuida de mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei deve tratar a todos igualmente, sem levar em conta as distinções existentes nas pessoas, grupos ou situações, por ela regulados.

O preceptivo constitucional tutela a **isonomia material**, pois constitui substância do princípio tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades¹⁰.

II . 2 . Razões *legitimadoras* dos privilégios processuais da Fazenda Pública

Tomando como referência, outra vez, a desigualdade de prazo estabelecida pela legislação processual, propícia à Fazenda Pública, entende Ada Pellegrini Grinover que “os prazos concedidos à Fazenda Pública são mais amplos, justamente em obediência ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, a fim de atingir a igualdade substancial”¹¹.

⁹ Francisco Campos, amplamente invitado pelos que abordam o tema, escreveu, com pena de ouro, que: “*não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações*” (*Direito Constitucional*, Ed. Freitas Bastos, 1956, vol. II, p. 30).

¹⁰ Cf. Nelson Nery Jr., op. cit., p. 40.

¹¹ *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, Ed. José Bushatsky, São Paulo, 1975, p. 33.

No entendimento de Nélson Nery Jr., “antes de caracterizar ofensa ao princípio constitucional da igualdade de partes, o benefício de prazo vem constituir-se como afirmação e efetivação do princípio, traduzindo-se como *medida de equidade*, pois trata partes desiguais (Fazenda Pública e Ministério Público) desigualmente, atuando em prol da igualdade substancial de que já falamos”¹².

Mas enfim, em que reside a diferença, desigualdade, da Fazenda Pública, *dentro da relação processual*, em relação aos demais litigantes ?

Na linha dos pareceres excogitados, copiosamente acreditados pela doutrina nacional e pelos nossos tribunais, a Fazenda Pública é diferente do litigante comum porquanto defende o **interesse público**, de toda a coletividade.

A par deste argumento, que se firma como o principal, muitos outros se colocam para justificar a disparidade de tratamento levada a cabo por diversas normas processuais, sempre favoráveis à posição do Estado em juízo, variando conforme o tipo de benefício.

À guisa de exemplo, desculpa-se o desnivelamento com: a grande massa de ações que o Poder Público tem contra si proposta, levando em consideração que não é raro acontecer que dezenas e centenas de autores se consorciem para litigar contra o Estado; o empecilho dos procuradores obterem com rapidez as informações necessárias à defesa, em face da burocracia existente nas repartições públicas; a impossibilidade de os procuradores da Fazenda delimitarem, ao contrário dos advogados, o número de causas em

¹² Op. cit., pp. 42/43. No mesmo sentido do texto: Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, São Paulo, 1991, n. 9.4, p. 70; Luiz Guilherme Marinoni, *Novas Linhas do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 152; J. C. Barbosa Moreira, “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, *Repro*, v. 37, p. 141.

que atuam por período. Esses fatos, dentre outros, seriam prejudiciais à defesa do Estado.

Os raciocínios mencionados são advogados para legitimar a dilação dos prazos processuais concedidos à Fazenda Pública, mas calham muito bem no exame do tema dos privilégios, *in genere* considerados.

Emerge, neste passo, a seguinte inquirição: as nomeadas considerações, concebidas contemporaneamente ao surgimento do Código de Processo Civil de 1973, como dantes foi visto, ainda são *recepçionáveis* pelo ordenamento constitucional vigente, no qual sobressai em importância o princípio igualitário ?

Responder-se-á, *a posteriori*, após algumas considerações importantes.

II. 3 . Critérios para detecção de afronta à isonomia e a igualdade processual

Atinente ao conteúdo jurídico do princípio da isonomia, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, na mais abalizada monografia sobre o tema, que “para desate do problema é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois, entre um e outro extremo, serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: *Quem são os iguais e quem são os desiguais* ?”¹³.

¹³ *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 10/11.

Na lição do mesmo autor, para que as discriminações apontadas pela lei não causem desacato à cláusula constitucional igualitária, tornando-a nula, tem que existir um vínculo de **correlação lógica** entre o fator erigido como critério de *discrímen* e a diferenciação do tratamento jurídico levada a efeito pela norma, exigindo-se ainda que essa correlação seja **concreta**, vale dizer, aferida em função dos interesses abrigados no Direito positivo constitucional.

Averba ainda que a correlação lógica aludida “nem sempre é absoluta, ‘pura’, a dizer, isenta da penetração de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidos na intelecção das coisas. Basta considerar que, em determinado momento histórico, parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso a certas funções públicas, e, em outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo racionalmente subsistente que convalide a vedação. Em um caso terá prevalecido a tese de que a proibição, isto é, a desigualdade no tratamento jurídico se *correlaciona juridicamente* com as condições do sexo feminino, tidas como inconvenientes com certa atividade ou profissão pública, ao passo que, em outra época, a propósito de igual mister, a resposta será inversa. Por consequência, a mesma lei, ora surgirá como ofensiva da isonomia, ora como compatível com o princípio da igualdade”¹⁴.

No campo do Direito processual, o princípio da igualdade encontra-se positivado no art. 125, inciso nº I, do Código de Processo Civil, o qual impõe ao juiz o dever de dar tratamento equânime aos litigantes.

Como decorrência do princípio constitucional sob comento, tem-se que a participação das partes, dentro do contraditório processual, deve ocorrer em igualdade de condições, ou, em outras

¹⁴ Op cit., pp. 39/40.

palavras, em **paridade de armas**, dentro do **devido processo legal**.

Essa paridade de armas não implica necessariamente que a lei tenha sempre que guardar perfeita simetria de direitos e obrigações entre as partes figurantes no processo.

Entretanto, as diferenças eventuais de tratamento apontadas pelo legislador processual em favor de alguma pessoa, têm que se compatibilizar com o preceito fundamental isonômico, sob pena de nulidade absoluta, por vício de inconstitucionalidade.

II . 4 . Casos típicos de privilégios harmônicos com o princípio da igualdade processual

Assim, por exemplo, quando o Código de Defesa do Consumidor permite, no âmbito do processo civil, a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, não há agravo ao princípio da isonomia, pois é inegável que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo, de direito material.

Está presente, na hipótese, a necessária correlação lógica entre o elemento tomado como fator de discriminação (vulnerabilidade do consumidor em sua relação com os fornecedores de produtos e prestadores de serviços) e a desigualdade de tratamento (benefício da inversão do *ônus probandi* - art. 6º, VIII, do CDC).

Demais disso, a mercê legal ao consumidor está em consonância com os valores da Constituição da República, que não só garante o acesso de todos à ordem jurídica justa como, também, afirma, quando trata dos direitos fundamentais do homem, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII)¹⁵.

¹⁵ Cf. Luiz Guilherme Marinoni. *Novas Linhas do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 149.

Semelhantemente, quando o trabalhador, na demanda judicial contra seu empregador, recebe proteção da lei, não há desobediência à cláusula fundamental igualitária, em face da hipossuficiência obreira, que justifica o desnivelamento no tratamento jurídico-processual, valendo para a hipótese tudo quanto se disse em relação ao consumidor.

II. 5 . Posição jurídica do Estado e do cidadão, como sujeitos parciais do processo

Percebe-se, em ambos os casos elencados, que existe uma situação de *fragilidade* de uma das partes no plano das relações de direito material, a qual se erige como fator de *discrímen* e justifica o tratamento processual diferenciado, pois com aquele conserva adequação racional.

Entretanto, na relação entre o cidadão e o Poder Público não existe a assinalada situação de inferioridade deste em relação àquele.

Aliás, muito pelo contrário, em matéria de direito administrativo vigora o *princípio da supremacia do interesse público* sobre o interesse do particular, pelo qual “resulta, em prol da Administração, posição juridicamente correspondente à preponderância do interesse entregue à sua cura. Daí a possibilidade que tem, *nos termos da lei*, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente *exigibilidade*, traduzida na previsão *legal* de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem

necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la”¹⁶.

Já foi anteriormente afirmado que se costuma recorrer justamente ao *interesse público* defendido pelo Estado como razão diferencial que serve de supedâneo para o favorecimento deste na relação processual.

Como admitir, então, diante dos exemplos do consumidor e do trabalhador, que a indiscutível superioridade da Administração Pública frente ao cidadão, existente no domínio do direito administrativo, seja ainda mais agravada no âmbito do direito instrumental ? Estará se restaurando, com isso, o equilíbrio entre as partes ? Afirma-se, desta forma, a isonomia material ?

Deve-se separar a atuação do Poder Público, quando, na relação jurídica substantiva, exercita regularmente o seu *jus imperii* frente ao particular, por que necessário ao interesse da coletividade, da sua posição como **sujeito parcial** do **devido processo legal**¹⁷.

Razões não mais subsistem hoje que possam justificar a manutenção dos benefícios instrumentais deferidos à Fazenda Pública, como se procurará demonstrar.

À época da promulgação do CPC de 1973, quando se levantavam os argumentos vistos anteriormente, visantes à *proteção* judicial da Administração Pública, estes argumentos tomavam grande relevo em face do mau aparelhamento dos órgãos encarregados da defesa judicial dos interesses do Poder Público, quiçá constituindo fundamentos racionais para a discriminação legal deste na relação processual.

¹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 43/44.

¹⁷ Agapito Machado, art. cit., p. 70.

No momento presente, tal não mais ocorre, tendo em vista vários fatores.

Primeiramente, a Constituição Federal de 1988 desfez o bifrontismo que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público e de defesa judicial da União. Agora, esta última atribuição foi outorgada a uma nova instituição, a Advocacia Geral da União (art. 131), ao passo que, na execução da dívida ativa de natureza tributária, cabe a representação da União à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (§ 3º, art. 131), isso no âmbito da Justiça Federal.

Os Estados e Municípios, e suas respectivas autarquias, por sua vez, há mais tempo estruturaram Procuradorias para a defesa judicial de seus interesses, as quais compreendem também várias outras Procuradorias, que se especializam em razão da matéria (Procuradoria Judicial; Procuradoria Fiscal; Procuradoria Administrativa; Procuradoria de Patrimônio, etc.), sempre visando à melhoria dos serviços.

A maior parte destes órgãos possui sistemas de informática, com seus recursos fabulosos que já permitem a transferência e recepção instantânea de informações e de dados, por um simples pressionar de teclas, de qualquer lugar do território nacional ou até mesmo do planeta. Os computadores, invulgares na década de 70, quando da concepção do CPC em vigor, atualmente são comuns nas repartições públicas e facilitam sobremaneira o trabalho dos defensores da Fazenda Pública, nas demandas em que, não raro, se repetem com o mesmo fundamento jurídico.

Os profissionais que atualmente se incumbem da representação judicial da Fazenda Pública são extremamente qualificados, louve-se a exigência do concurso público pela

Constitucional Federal de 1988, constituindo boa parte deles os melhores advogados da praça e alguns são até mesmo grandes mestres da doutrina nacional.

Não há mais prejuízo para a defesa do Estado réu quanto ao excessivo número de autores em um mesmo processo, desde a evolução do entendimento jurisprudencial que admitia a *limitação do litisconsórcio ativo*, hoje já positivado pela Lei 8.952/94, que acrescentou o parágrafo único ao art. 46 do CPC.

Vejam, então, quem é que enfrenta o *poderoso* Estado, no pólo oposto da relação processual: **o cidadão**.

Sabe-se muito bem que a enorme maioria da população brasileira é pobre e não tem condições sequer de arcar com as despesas processuais, muito menos de contratar bons profissionais da advocacia para fazer valer seus direitos, constantemente hostilizados pelo Estado. O *patrocínio gratuito*, previsto na Constituição, é extremamente e reconhecidamente deficitário, em face da inexistência da Defensoria Pública, no âmbito federal, e falta de defensores e mau aparelhamento, a nível estadual.

Os cidadãos comuns, que têm acesso à justiça, são representados judicialmente, via de regra, pelos profissionais menos qualificados do mercado, os quais, muitas vezes, não conseguem garantir a concreção do direito objetivo, mesmo que evidente e claro, por falhas no encaminhamento ou acompanhamento da pretensão em juízo¹⁸.

O Estado ainda leva grande vantagem em relação ao particular, por ser o maior litigante judicial que existe, estando freqüentemente em juízo, enquanto que este último eventualmente

¹⁸ Diz-se *cidadão cumum* para diferenciá-lo do *rico empresário* que, por ter acesso a melhores serviços jurídicos, talvez consiga se igualar à Fazenda Pública. Mas a exceção não desmente a regra.

comparece ao Poder Judiciário.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni “foi Galanter quem desenvolveu a idéia relacionada com o que chamou de litigantes habituais e litigantes eventuais. As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são inúmeras: 1) a maior experiência com o direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais causas; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da administração da Justiça; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros”¹⁹.

Assim, o Estado está indiscutivelmente em uma posição de primazia em relação ao cidadão comum e, portanto, em melhores condições de vencer qualquer batalha judicial.

Essa posição se agrava com os privilégios processuais fazendários existentes na legislação, os quais mostram-se contrários ao princípio constitucional da igualdade, pela inexistência de correlação lógica entre os fatores de desigualdade expostos e aqueles benefícios.

IV. OS PRIVILÉGIOS E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL

Todos reconhecem que o principal problema da Justiça Civil é a morosidade na entrega da prestação jurisdicional. Reclama-se muito pela efetividade do processo.

Hodiernamente, a prestação da tutela jurisdicional deve ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços

¹⁹ Luiz Guilherme Marinoni, *Novas Linhas do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 35.

jurisdicionais²⁰, num **processo civil de resultados**, como querem os pensadores modernos²¹. O ideal da efetividade, que ilumina atualmente os doutrinadores do processo, é entendido como o ideal de uma tutela que dê, o mais rápido possível, àquele que tem um direito, exatamente aquilo que ele tem o direito de obter.

Na esteira do raciocínio à mostra, dizendo da necessidade de se dar uma feição nova ao processo, para que se torne um **processo social**, garantindo o **efetivo acesso à justiça**, direito fundamental do cidadão, Willis Santiago Guerra Filho, noticia que, *verbis*:

“Mais recentemente K. A. BETTERMANN, em artigo semanal, aponta para a nova dimensão que assume o **princípio da igualdade das partes**, no contexto do processo social, o qual passa da igualdade formal de todos perante a lei para a igualdade material, com a busca de se estabelecer **uma equiparação das possibilidades de atuação em juízo daqueles menos favorecidos de meios econômicos ou outros meios, minorando os efeitos danosos dessa disparidade sobre o conteúdo da justiça do resultado dos processos**. O que se busca é promover uma “igualdade de chances” (*chancengleichheit*), a qual se preserva, no processo, basicamente, observando a chamada “paridade de armas” (*Waffengleichheit*) entre as partes, que estaria ameaçada, segundo BETTERMANN (1971, p. 63),”sempre que uma parte supere, no essencial, à outra, em poderes e meios”,

²⁰ Cf. Mauro Cappelletti *apud* Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela na reforma do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

²¹ Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. p.32.

no processo. **Nestes casos, ainda segundo o acatado processualista alemão, o juiz seria chamado a restaurar o equilíbrio entre as partes, favorecendo aquela mais fraca**”²².

Na verdade, a demora do processo sempre lesou também o princípio da igualdade, pois os mais fracos ou pobres nem sempre recorrem ao Judiciário, por falta de condições financeiras, ou, quando o fazem, muitas vezes abrem mão de parcela do direito que provavelmente seria realizado, mais depois de muito tempo.

Na demanda do cidadão contra a Fazenda Pública, os diversos benefícios que a legislação concede a esta, como, v. g., o benefício de prazo, a vedação de liminares, o duplo grau de jurisdição necessário, dentre outros tantos, tornam o processo excessivamente demorado e ainda mais penoso do que já seria sem eles.

É patente também que o Estado, com seu qualificadíssimo quadro de procuradores e advogados, cômico de que o tempo do processo está sempre a seu favor, uma vez que as decisões judiciais adversas só podem, regra geral, ser efetivadas após o trânsito em julgado, tem por rotina sempre, em qualquer hipótese, recorrer delas, ainda que estejam de acordo com as súmulas e decisões remansosas dos tribunais superiores, constituindo autêntico **abuso do direito de recorrer**.

Vê-se, pois, que os malsinados privilégios fazendários estão na contramão da moderna máxima da efetividade processual, porquanto o processo não pode prejudicar o cidadão que tem razão, nem este pode sempre suportar unicamente os nefastos efeitos do tempo do processo.

²² Willis S. Guerra Filho, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, Celso Bastos, 1999, pp. 131/132.

III . 1 . O absurdo aniquilamento do *writ of mandamus*

Até mesmo em ações de procedimento expedito, como é o caso do mandado de segurança, que tem assento e nobreza constitucional, constituindo verdadeira garantia civil do cidadão contra os males da prepotência, se colocam privilégios no agrado da Fazenda Pública, a qual não é condenada em honorários de sucumbência²³; não pode, em determinadas hipóteses, ter contra si deferida liminar, nem ser compelida a cumprir segurança já concedida por sentença, enquanto não julgados todos os recursos judiciais possíveis²⁴; a autoridade coatora que descumpre a segurança definitiva não está sujeita a crime de desobediência, nem sanção por parte do Poder Judiciário²⁵.

Tais vantagens têm aniquilado e amesquinhado, por vezes, a grande utilidade do remédio heróico constitucional, em vista do aval dos tribunais superiores, muito embora parcela da doutrina insurja-se contra eles.

Isto explica, em parte, a predominante imprudência dos agentes políticos, quando, no trato da coisa pública, freqüentemente *rasgam* a Constituição Federal e *pisam* nas Leis emanadas do próprio *Estado de Direito*, do qual são representantes, nem receiam fazê-lo, pois, mesmo que o cidadão demande e vença o espinhoso combate judicial, o governante que pratica o ato lesivo sequer sentirá os efeitos patrimoniais da sucumbência no período de seu mandato, ainda que renovado, em vista da demora na entrega da prestação jurisdicional, conseqüência dos malsinados benefícios fazendários, o que contribui para a crise de constitucionalidade e legalidade atualmente existente no Brasil²⁶.

²³ Súmulas n.ºs. 512 - STF e 105 - STJ.

²⁴ Leis n.ºs. 4.348/64 (art. 5º e 7º), 5.021/66 (art. 1º, par. 4º); 8.076/90 (art. 1º e par. único).

²⁵ Esta é a firme orientação jurisprudencial do STJ, o qual não admite que funcionário público, no exercício da função, esteja sujeito a crime de desobediência (RHC 4.546/SP, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJ 05.06.95; HC 2.628/DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 05.09.94; HC 2.347/DF, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 20.06.94).

²⁶ Cândido Rangel Dinamarco, em palestra promovida pela ESMEC, em 1996, disse que, na época que corre, o Estado é um verdadeiro *Estado inimigo* do cidadão, em vista da crise de legalidade instalada no Brasil.

V. CONCLUSÕES

Ao cabo de tudo o que foi exposto têm-se por firmadas as seguintes conclusões:

I . Pode-se analisar a origem dos chamados privilégios processuais da Fazenda Pública a partir do surgimento do art. 188 do CPC em vigor, que se inspirou no art. 32 do CPC de 1939. Anteriormente, a maioria dos códigos processuais estaduais contemplava o *prazo judicial*, conferindo discricionariedade aos juízes para conceder dilação de prazo, conforme as circunstâncias do caso concreto.

II . O autor do projeto de lei que se converteu no CPC de 1973, ainda em vigor, Alfredo Buzaid, não havia previsto o privilégio de prazo, mas foi inserido quando enviado ao Poder Legislativo, que entendeu por mantê-lo e aprová-lo.

III . É tradição do Direito brasileiro a concessão de prazos ampliados para a Fazenda Pública, mas outros inúmeros privilégios se expandiram pela legislação processual.

III . O princípio constitucional da igualdade tem primazia dentre as garantias e direitos fundamentais e dirige-se não apenas ao aplicador da lei, mas principalmente ao legislador, em sua peculiar função de distinguir situações e pessoas para submetê-las a regramentos jurídicos diversos.

IV . Segundo a maior parte dos juristas nacionais, a previsão de benefícios em agrado da Fazenda Pública, na legislação processual, não afronta, mas, pelo contrário, confirma, o princípio da isonomia substancial, porque trata desigualmente pessoas desiguais.

V . Vários argumentos têm servido para legitimar a manutenção dos privilégios mencionados, primacialmente o de que a Fazenda Pública defende interesses meta individuais (interesse público), sendo esta sua nota diferenciadora com referência ao litigante comum, justificando o discri-me.

VI . O princípio da isonomia (substancial), conforme lapidar lição de Celso A. Bandeira de Mello, não se resolve simplesmente pela fórmula: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. É preciso identificar uma *correlação lógica concreta* entre o *fator de desigualdade* e a conseqüente *disparidade de tratamento jurídico* previsto na norma, devendo ela guardar compatibilidade com o texto constitucional.

VII . Casos típicos de distinções jurídicas perfeitamente harmônicas com o princípio igualitário são os benefícios processuais deferidos pela legislação infraconstitucional ao consumidor e ao trabalhador, pois são partes mais fracas na relação de direito material com o fornecedor e o empregador, respectivamente, recebendo legitimamente os favores legais para *equilibrar a balança* e manter a isonomia substancial.

VIII . A Fazenda Pública é a parte mais vigorosa na relação de direito substancial com o cidadão, em face do *princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*, não autorizando, sem desacato ao princípio magno da isonomia, mais privilégios na órbita processual, até por que o Estado está em muito melhores condições de vencer qualquer embate judicial com o cidadão comum, o que não ocorria na época do advento do CPC de 1973, em que havia despreparo dos órgãos incumbidos da defesa do Poder Público em juízo.

VIII . Os malsinados privilégios processuais da Fazenda Pública ainda depõem contra o princípio da efetividade processual,

na medida em que colocam sobre os ombros do particular, quase que exclusivamente, o encargo da demora do processo, mesmo em procedimentos tipicamente céleres, como é o caso do *writ of mandamus*, que fica muitas vezes descaracterizado quanto ao seu perfil constitucional por conta dos benefícios fazendários.

V. BIBLIOGRAFIA

- BARBI, Celso Agrícola Barbi. *O Mandado de Segurança*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, *Repro*, v. 37.
- BARCELOS, Pedro dos Santos. “Medidas Liminares em Mandado de Segurança. Suspensão da execução de medida liminar. Suspensão de execução de sentença. Medidas Cautelares”, in RT 663, jan./1991, pp. 37-46.
- BUZAID, Alfredo. “Juicio de amparo e mandado de segurança”, in “Estudos de Direito Processual *In Memoriam* do Min. Costa Manso”, São Paulo, Ed. RT, 1965.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, Ed. Freitas Bastos, 1956, vol. II.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.
- _____. “Mandado de Segurança. Execução Provisória”, in RT 543, jan./1981, pp. 25-38.
- FRIEDE, R. Reis. *Aspectos Fundamentais das Medidas*

Liminares, 2ª ed., Forense Universitária, 1993.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, Ed. José Bushatsky, São Paulo, 1975.

_____. “Benefício de prazo”, in *Revista Brasileira de Direito Processual* nº 19.

- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, Ed. Celso Bastos, 1999.

- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, São Paulo, 1991.

- LARA, Betino Rizzato Lara. *Liminares do Processo Civil*, Ed. RT, 1993.

- MACHADO, Agapito. “O princípio da isonomia e os privilégios processuais”, *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados* vol. nº 109, pp. 69/76.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

_____. *A Antecipação da Tutela na reforma do Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

_____. “O caso da proibição da concessão das liminares e da execução provisória da sentença nas ações cautelares e no mandado de segurança”, in *RT* 663, jan./1991, pp. 243-247.

- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. “Execução Provisória em Mandado de Segurança”, in *Revista de Processo* n. 54, pp. 34-41.

- MEIRELES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de . *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.

- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 1997.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. "Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança", in *Revista de Processo* n. 72, pp. 7-15.

_____. "Mandado de Segurança e condenação em honorários de advogado", in *Direito Processual Civil - Ensaios e Pareceres*, pp. 240-241, Rio de Janeiro, 1971.

- NERY JR., Néelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo, Ed. RT, 1992.

_____. "O benefício da dilatação do prazo para o Ministério Público no Direito processual civil brasileiro (interpretação do art. 188, do Código de Processo Civil)", in *Revista de Processo* nº 30, pp. 109/118.

- PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas*, 2ª edição, São Paulo, Editora RT, 1991.

- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. "A Medida Liminar no

Mandado de Segurança e a Constituição de 1988”, in RT 655, mai./1990, pp. 46-53.

- PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. *Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial*, São Paulo, Malheiros, 1992.

- ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*, São Paulo, Ed. RT, 1999.

- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2º volume, 13ª ed., Saraiva, 1990.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997.

- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “Mandado de Segurança. Apontamentos”, in RT 624, out./1987, pp. 11-20.

- TUCCI, Rogério Lauria / CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo*, São Paulo, Saraiva, 1989.

- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “Mandado de Segurança”, in Conferências e debates - RDP 55-56, pp. 333-348.